

民事诉讼证据合法性要件之批判

李旭斌, 金 健

(南京大学, 江苏 南京 210093)

摘 要:证据必须具备合法性要件是目前诉讼法学学界、司法实务界的共识性结论,但对于合法性要件的具体内容,目前学界尚存在较大的分歧。从证据概念及证据的本源意义入手,从逻辑理论和实证分析两个视角对证据的合法性要件进行分析,可以发现合法性不能成为证据的一个特征或构成要件,而是法官在某一事实材料已经成为某一案件的证据之后,综合案件内外各种因素进行价值选择和利益衡量,进而决定是否采纳该项证据的一种证据规则。法律对证据的形式、收集证据的主体、程序和手段等加以规定,仅仅是为了巩固其真实性、关联性,或为了保护其他民事主体的合法权益,或基于其他价值考量,而对于证据本身,并不能用简单的合法或非法标准加以判断并进而肯定或否定其证据资格。否定证据的合法性要件不仅是理顺证据制度逻辑理论上的需要,也是民事诉讼中当事人举证负担加重的背景下提高其举证能力和法院全面查清案件事实的需要。

关键词:合法性特征;证据;合法性批判;实践意义

中图分类号: D 925.113

文献标志码: A

文章编号: 1008-7192(2012)02-0011-06

On the Legality Requirements of Evidence in Civil Action

LI Xun-bin, JIN Jian

(Nanjing University, Nanjing 210093, China)

Abstract: The viewpoint that evidence must be lawful in its nature has been a consensus in the academia and the legal practice field, though what is the legality of evidence has still been a disputed issue in the academia. The paper introduces the concept of evidence with its original functions and analyzes the legality requirements of evidence logically and empirically. It is pointed out that when a fact is evidence of a certain case, the legality of the evidence, rather than being the natural or constitutive element, tends to be a rule for the judge to make value selection and interest weighing and decide the acceptance of the evidence on the basis of the integration of external and internal elements. The law regulates the form of evidence, the actor, the procedure and the approach of evidence collecting, for the purpose of confirming the truth and relevance of the evidence, protecting the lawful rights of the civil subject, and taking consideration of other values. As to the evidence itself, it shouldn't be simply judged as lawful or unlawful to decide its eligibility positively or negatively. The legality requirements

收稿日期: 2011-10-20

作者简介: 李旭斌(1988-),男,湖南衡阳人,南京大学法学院法学硕士研究生,研究方向为不动产法、比较民事诉讼法。

of the negative evidence would work well in straightening out theoretically the evidence system and enhancing the burden of proof when the party is overburdened in the civil action. They are also indispensable for the court to find out the truth of the case thoroughly.

Key words: *the nature of legality; evidence; criticism to legality; practical significance*

一、问题的提出

按照目前法学学术界、司法实务界的主流观点,合法性是证据必须具备的三大特征或构成要件之一,在民事诉讼中,证据必须具备合法性,否则不能成为认定案件事实的依据。然而,对于何为证据的合法性,证据合法性的理论基础和实践意义何在,如何判断某一证据是否具备合法性,迄今为止还没有达成一致的意见,更确切地说是还存在较大的分歧。例如,江伟教授认为证据合法性包括收集证据的合法性、证据形式的合法性和证据材料转化为诉讼证据的合法性^{[1]144};张卫平教授认为,证据的合法性包括证据主体合法、证据形式合法、证据取得形式合法和证据程序合法^{[2]178};陈桂明和纪格非教授认为证据的形式对民事诉讼证据的合法性没有影响,收集证据的主体和程序对民事诉讼证据的合法性有一定影响,但应当根据不同情况区别对待,而实体法的特别规定不应作为判断民事诉讼证据是否合法的标准^[3];吴英姿教授却认为,民事诉讼证据合法与非法之间存在一个灰色领域——“瑕疵证据”,即因民事诉讼当事人收集证据的手段或证据表现形式有缺陷,导致证据能力待定或者证明力下降的证据,该种证据不能简单套用刑事诉讼法非法证据排除规则予以排除,而可以通过补强证据弥补这种“瑕疵”^[4]。《中国司法大辞典》给非法证据下的定义为:“不符合法定来源和形式或者违反诉讼程序取得的证据资料。”显然,上述学者对于证据的收集主体、形式、取得程序等如何影响其合法性要件,有着各自不同的看法和表述,这也导致了实践中法官如何判断“瑕疵证据”的效力感到颇为棘手的一个原因。

目前关于证据合法性要件的立法和司法解

释亦显得十分简陋。学界普遍认为最高人民法院法复(1995)2号文是最高院首次对录音证据这种“非法证据”的正式回应,这也是我国司法中第一个非法证据排除规则;其后,最高人民法院于2001年12月颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》第68条被认为是关于证据合法性要件的第一次明确规定,即以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据不能作为认定案件事实的根据;另外,2002年7月,同是最高人民法院颁布的《行政诉讼证据若干问题的规定》第55条则被认为是关于行政诉讼证据合法性的一个全面而明确的规定,因为它明确提出了对证据的合法性进行审查应当针对的内容是:(1)证据是否符合法定形式;(2)证据的取得是否符合法律、法规、司法解释和规章的要求;(3)是否有影响证据效力的其他违法情形。在司法实践中,法官对如何判断通过陷阱、悬赏、私人侦探等方式取得的证据的合法性问题并没有达成共识,甚至在同一案件中一审、二审和再审法院对同一证据的合法性的判断截然相反。这表明,无论在理论上还是在实践中,目前我国证据合法性问题还存在较大的争议,有待于今后的学术研究和司法实践的进一步思考和探索。

笔者对证据的合法性特征进行了较长时间的认识和思考,发现证据的合法性特征理论无论在证据制度逻辑体系还是在司法实践层面都存在一些值得商榷的地方,亟需学界的进一步研究。在笔者看来,在民事诉讼中,合法性不应成为证据的特征或构成要件,法律规定证据的形式必须合法,收集证据的主体、手段、程序必须合法等仅仅是为了在巩固证据的真实性、关联性,或者便于法官查清案件事实,或者基于其他价值考量,而对于证据本身,并不能用简单的合法或非法标准加以判断,合法性更多的是一种法官运用

证据的规则。下面,笔者将首先对证据概念的内涵及其本源意义进行讨论,然后从逻辑理论、实证分析两个角度论证上述观点,最后,分析在理论上否定证据的合法性特征的实践意义。

二、证据及证据在民事诉讼中的本源意义

目前,在我国民事诉讼法学上,关于民事诉讼证据的定义存在多种学说,争议焦点主要体现在两个方面:第一,从落脚点来看,或认为证据是一种材料,或是一种手段和方法,或认为是“事实”本身。第二,从证据的证明作用来看,或认为证据是“用来”证明案件真实情况的,或认为是“能够”证明案件真实情况的。在笔者看来,把证据看成是材料、手段或事实本身,都具有一定合理性,三者只是视角不同而已,即从证据的形式、功能和特征来对证据进行定义。我国《民事诉讼法》第六十三条第二款规定:“以上证据必须查证属实,才能作为认定事实的根据。”该款将一般证据与可定案证据区别开来,即属实的证据是证据,不属实的证据不是定案的根据,但仍然是证据。我们应当将当事人主观上期望的作为证明案件真实情况的材料与最终经人民法院审查属实能够作为证明案件真实情况的可定案证据区别开来,不能认为只有能够反映案件真实情况的材料才能作为证据,而把那些由当事人提供或由人民法院收集的、最终定案时未被认定的材料不作为证据。因此,用“能够”一词来概括民事诉讼证据显然不符合民事诉讼法规定的精神,“用来”一词比较准确,这种用法也符合普通民众在日常生活中的语言使用习惯。如果没有特殊说明,本文所称的证据,是指一切用来证明民事案件真实情况的事实材料。

从证据的本源意义来看,证据的意义可以体现在两个方面:对当事人来说,在发生民事纠纷时,当事人要使自己的诉讼请求得到法院的支持,或者推翻对方的诉讼请求,就需要用证据证明己方主张所依据的事实;对法院来说,法院审理案件必须“以事实为依据,以法律为准绳”,以事实为依据,说到底必须是以证据为根据,法院要做出一个合法且合理的判决,就必须建立在充

分有效的证据的基础之上^[1]¹⁴⁹。民事诉讼的主要举证规则是“谁主张,谁举证”,如果不能提供足够的证据,即使其在感情上已经打动法官,也有可能承担败诉风险,可以说,证据是整个民事诉讼程序的基石,也是适用实体法的根本前提。

因此,从证据的概念和本源意义可以看出,证据更多地体现的是一种工具性价值,是用来证明案件事实的手段,它是一种事实判断而非法律判断。在某一个特定案件中,证据之所以能成为证据,在于它是客观存在的,且与待证事实之间存在着联系,即具备证据的真实性和关联性,而不是它必须符合法律规定。既然证据是一种用来证明民事案件真实情况的事实材料,那么它是否符合法律规定就不能成为判断其是否能成为证据的一个标准,证据的形式不符合法律规定,获取证据的手段有瑕疵或者提供证据的程序不合法只是关系到该证据的证明能力或证明力问题,而与证据必须具备某种特征是两种不同性质的问题,即前者是一个事实层面的问题,后者是一个法律层面上的问题,不能将它们混为一谈。

三、逻辑理论层面上的质疑

对于证据为什么必须具备合法性特征,各位学者给出的理由相差不大。江伟教授认为,当事人在向他人收集证据时,采用的方式、手段可能会违反法律的禁止性规定或者侵害他人的合法权益,由此便产生了民事诉讼中的非法证据问题^[1]¹⁴⁵。张卫平教授认为,对证据合法性的要求,目的是为了保障证据的真实性和维护他人或其他组织的合法权益,体现了人们对程序正义实体正义的双重要求^[2]¹⁷⁸。首先,所谓侵害他人的合法权益是指仅侵犯他人法律上明确规定的权利,还是包括法律上虽未明确规定,但为法律原则或法律精神所肯定的法益?何种程度的侵犯才能称为此处所说的侵犯?私自录制自己与他人的谈话并作为证据使用是否侵犯了他人的合法权益?这些问题显然无法在法律规定中加以解决,而是需要法官在具体的个案中综合案件内外各

种事实的基础上进行价值选择和利益衡量,并以此决定该种证据的证明能力和证明力,而证据本身并不能反映出合法性特征;其次,从这两位学者的观点中可以看出,合法性并不是用来区别证据与其他事物,而更多地是为了保障其他法律利益或巩固证据的其他属性而存在的。因此,将合法性定位为证据的一个特征或构成要件并不准确。

关于证据合法性要件的内容,学界目前还没有达成一致的意見,但总体来说,包括证据的形式、收集证据的主体、程序和手段必须符合法律的规定。在此,笔者仅以证据的形式必须符合法律规定为例,对证据必须具备合法性这一命题是否成立进行分析。证据形式符合法律规定,学界主流认为主要包括两层含义:一是证据的形式应当符合法律的要求,必须以法律规定的形式存在。如民事诉讼证据必须符合民事诉讼法规定的七种表现形式,单位向法院提交的证明文书须有单位负责人签名或盖章;二是当法律规定某些事实或事实行为须用特定形式的证据来证明时,应当使用特定形式的证据。例如,婚姻状况的存在与否需要用结婚证、离婚证来证明,票据权利要用书面形式的票据来证明,保证合同、抵押合同等需要用书面形式的合同来证明。笔者认为,首先,用法律规定的七种证据形式来限制证据的合法性,进而决定证据是否可以采纳,在逻辑上犯了形式决定内容的错误,在司法实践中既限制了民事诉讼当事人的举证能力,不利于法院查清案件事实,又不能满足社会生活发展的需要,实在有违于证据制度的本来目的;其次,法律规定某些事实或事实行为须用特定形式的证据来证明,是因为在这些情形下,该种形式的证据是证明这些事实的最佳证据或者是由这种事实的法律性质决定的,但即使如此,也不能因此否定其他事实材料的证据资格。例如,证明婚姻关系存在必须要用结婚证来证明,是因为我国采取婚姻登记制度,登记是结婚的形式要件,但法律上也存在事实婚姻这一概念;票据权利要用书面形式的票据来证明,是因为票据是一种设权性证

券,制作票据的行为本身创设了票据权利,如果没有制作书面票据便不存在票据权利。法律规定保证合同、抵押合同等需要用书面形式的合同来证明,但在司法实践中也并非完全按照此规则进行操作,事实上,法院在审理此类案件时,为了维护诉讼当事人的合法权益,有效地解决纠纷,也会认定口头形式的证据的效力。因此,推而广之,证据的形式,收集证据的主体、程序和手段的合法性是为了解决该证据本身在特定条件下的证明能力和证明力问题,但并不能推导出所有证据必须具备这种要件才能达到同样的证明效果,而且这种合法性与否并不必然导致该证据完全丧失证据能力,这就需要结合具体个案加以判断;以法律规定某些证据必须具备法律规定的条件才能达到相应的证明效果得出证据必须具备合法性要件的结论,实在有以偏概全之嫌。

四、证据合法性特征的实证层面质疑

在我国目前的司法实践中,各地法院对于如何判断录音取证、陷阱取证、私人侦探等取证形式的合法性问题似乎没有一致的认识,甚至对于同一类证据出现而来截然相反的判断,通过总结法院在论证某一证据是否合法所依据的理由,我们可以发现,合法性与否的判断更多的是立足与法律之外的各种利益衡量和价值取舍。例如,在北大方正、红楼研究所诉高术天力公司、高术科技公司案中,一审、二审和再审法院对“陷阱取证”所取得的证据是否具备合法性的结论和依据各不相同:一审法院认为,“陷阱取证”的方式并未被法律所禁止,应予认可;二审法院认为,北大方正公司的此种取证方式并非获取高术天力公司、高术公司侵权证据的唯一方式,此种取证方式有违公平原则,一旦被广泛利用,将对正常的市场秩序造成破坏,故对该取证方式不予认可;再审法院则认为该种取证方式的目的并无不正当性,其行为并未损害社会公共利益和他人合法权益。加之计算机软件著作权侵权行为具有隐

蔽性较强、取证难度大等特点,采取该取证方式,有利于解决此类案件取证难问题,起到威慑和遏制侵权行为的作用,也符合依法加强知识产权保护的法律精神,此外,北大方正公司采取的取证方式亦未侵犯高术公司、高术天力公司的合法权益。因此,对该种取证方式予以认可。从本案三审法院认定“陷阱取证”所取得的证据是否有效所依据的理由可以看出,法官们认定某一项证据是否合法,以及是否采纳该证据,并不仅仅依据收集证据的手段的是否合乎法律规定来认定,而是综合案件中的各种因素加以价值选择和利益衡量,例如取证的难易程度,采纳这种证据所保护的利益的重要性,采纳这种证据所可能导致的示范效应或社会导向作用等。由此可见,假如合法性是证据的一个特征或构成要件的话,那么为什么要考虑这么多法律之外与该证据本身无关的因素来加以判断呢?这也从实证层面上证明了证据的合法性是证据的特征或构成要件之一这一命题所存在的不足或纰漏之所在。

另外,最高人民法院法官在针对《关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八规定的解释也体现出上述观点:该司法解释(指最高人民法院1995年针对录音证据所作的批复)对证据法的影响总体上是消极的带有负面性的,因为,由于我国体制上的原因,以及一般民事主体,特别是公民个人的能力所限,就其诉讼举证,缺乏必要的可资利用的证据资源,加之证人证言在立法和司法上形同虚设,对书证和物证又缺乏必要的使用规则,故此,当事人在诉讼上虽有正当主张却又举证不能的窘况并非鲜见。对抗式诉讼模式之所以在我国推行存在较大难度,与之不无关系。因此,对于这些证据材料应当根据不同情况区别对待。为此,《民事诉讼证据的若干规定》第六十八条重新明确了非法证据的判断标准,并且设置了相应的排除规则,即除以侵害他人合法权益(如违反社会公共利益或者社会公德侵害他人隐私)或者违反法律禁止性规定的方法(如擅自将窃听器安装到他人住处进行窃听)取得的证据外,其他情形不得视为非法证据^[5]476-478。因此,结

合上述两个事实我们可以看出,在司法实践中,合法性不是证据的一个特征或构成要件,而是法官在某一事实材料已经成为某案的证据之后(即该证据的真实性和关联性已经确定),综合案件各种因素——包括法律内和法律外的因素——进行价值选择和利益衡量,进而决定是否采纳该项证据以及在何种程度上采纳该证据的一种证据规则。

五、否定证据合法性特征的实践意义

自2001年最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》颁行以来,我国民事诉讼的举证模式逐渐由职权主义向当事人主义转变,民事诉讼的举证责任主要由当事人承担,而法官基本上被设定为一种“中立”的裁判者的角色。为了证明自己的诉讼主张,避免败诉风险,当事人势必想尽各种办法获取对其有利的证据,因此,在司法实践中必然会出现各种各样的取证方式和证据形式,例如陷阱取证、悬赏取证、私人侦探取证等等,如何正确地认识证据的合法性问题便具有重要的实践意义。诉讼活动所追求的实体公正包括案件事实真相的发现和实体法的正确使用两方面的内容。正确适用法律建立在查明案件事实的基础之上,而证据又是证明案件事实的主要手段。如果对于非法证据一概予以排除,势必影响到案件事实的查明,从而妨碍实体公正的实现;但如果只顾查明案件事实,就有可能导致公民在收集证据的过程中侵犯他人的合法权益,或者造成程序的不公正等后果,这就需要法官综合案件各种因素(包括法律内和法律外的因素)谨慎地进行价值选择和利益衡量。值得注意的是,刑事诉讼和民事诉讼在取证主体及其取证能力方面有很大不同,前者的取证主体是国家公权机关,取证能力强,而后的取证主体是主要是民事诉讼当事人,取证能力相对较弱;此外,刑事诉讼与民事诉讼的非法证据排除规则构建的价值取向不同,前者旨在保障人权,避免无辜的人不至于受到错误的追究,而后者在发现案件事实

与体现程序正义,以及司法公正与效率之间引发冲突,但案件处理毕竟只涉及当事人的私权利。我们应当在区分民事主体取证行为与刑事侦查行为的性质、正确理解民事诉讼与刑事诉讼的诉讼目的与价值理念的不同的前提下,才谈得上正确评价^[4]。因此,在民事诉讼的大背景下,不能仅仅因为证据的形式不合法、取证主体不合法、取证手段有瑕疵、证据提交程序有瑕疵等而轻易

将该证据拒之门外,而应该将它们作为一个判断该证据证明能力和证明力的一个因素,再结合案件中的各种事实因素和法律因素进行取舍。将合法性定位为证据的一个运用规则而非证据的一个要件不仅是理顺证据制度逻辑理论、适应司法实践的需要,也是民事诉讼中当事人举证负担加重的背景下提高其举证能力和法院全面查清案件事实的需要。

参 考 文 献

- [1]江伟. 民事诉讼法[M]. 第三版. 北京:高等教育出版社,北京大学出版社,2007.
- [2]张卫平. 民事诉讼法[M]. 北京:法律出版社,2004.
- [3]陈桂明,纪格非. 民事诉讼证据合法性的重新解读[J]. 国家检察官学院学报,2005(2):99-104
- [4]吴英姿. 论民事诉讼“瑕疵证据”及其证明力[J]. 法学家,2003(5):100-106.
- [5]毕玉谦,郑学林. 〈最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定〉解释与使用[M]. 北京:中国民主法制出版社,2002.

(上接第10页)只有物质利益和精神追求的和谐发展,才能真正推动社会的全面进步。因此,在对当代大学生进行科学价值观引导的过程中,既要满足他们合理的物质利益的追求,又要注重他们精神价值的实现,通过逐步的改进和提高,最终形成物质利益与精神追求的完美结合。

五、结 语

当代大学生是一个具有较高智力水平和文化水平的特殊的社会群体,是新世纪祖国建设的栋梁,民族振兴的希望,肩负着实现中华民族伟

大复兴的历史重任。引导当代大学生实现价值导向一元化与价值取向多元化的统一,需要在社会主义核心价值观体系的引领下,根据时代发展的方向,紧跟时代步伐,与时俱进,加强对当代大学生价值取向的正确性的引导,帮助当代大学生形成正确的、合理的价值取向,同时也需要当代大学生不断提高自身整体素质,实现全面发展,成为发展中国特色社会主义事业的合格建设者和可靠接班人。实现当代大学生价值导向一元化与价值取向多元化的统一,需要全社会的共同努力。

参 考 文 献

- [1]陈章龙,周莉. 价值观研究[M]. 南京:南京师范大学出版社,2004:227.
- [2]陈蕾,耿宾涛. 论社会主义市场经济条件下价值取向与价值导向[J]. 平顶山工学院学报,2008(5):85-87.
- [3]叶莉英. 价值认同:大学生社会主义核心价值观教育核心要素[J]. 黑龙江教育,2010(8):25-27.
- [4]汪信砚. 全球化中的价值认同与价值观冲突[J]. 哲学研究,2002(11):19-25.
- [5]马克思,恩格斯. 马克思恩格斯选集:第三卷[M]. 北京:人民出版社,1995.